

El pueblo será juez

Karen Ness*

Viene de la edición de Primavera de 2006

PARTE II— Explicación de la dinámica del jurado

¿Cómo, entonces, refutar las afirmaciones hechas por los jueces de la mayoría en *Sparf et al. v. U.S.* que “el poder y deber correspondiente de la corte de autoritariamente declarar el derecho es una de las más grandes salvaguardias del ciudadano,” como afirmarían Hayek, y que ese derecho, el poder nulificador, en manos del jurado lleva a la destrucción del imperio de la ley? ¿Cómo aportar evidencia a la afirmación contraria, que es el jurado con ese poder la más grande salvaguardia del ciudadano y la fuente más legítima del derecho, el que hace que impere si no la legislación, sí la justicia?

Esta segunda perspectiva es un hecho histórico, pero no ha sido suficiente para convencer, no sólo a jueces, sino que a muchos ciudadanos también, muchos de ellos influyentes miembros de los medios de comunicación. Los jueces, o mejor dicho, la mayoría de jueces, por interés o convicción, no le han dado el peso suficiente a esto para motivarlos a declarar que la nulificación juratorial es un derecho. Aun en los estados donde están obligados a declararle al jurado que tienen el derecho a juzgar la ley y el hecho, los jueces encuentran la forma de restringirlo.

¿A quién confiar el poder de limitar al gobierno? ¿A los jueces o a los ciudadanos? Hay tres temas clave a desarrollar para darle una respuesta a

estas preguntas. Primero, las tendencias del ser humano como individuo, segundo las tendencias del ser humano en un grupo y, por último, el crimen y la ley o el derecho.

El Ser Humano y el Instinto¹ de Supervivencia

El juez y el miembro de un jurado, como seres humanos, tienen una cosa en común que no desaparece con la educación o la experiencia: el instinto de supervivencia. Este instinto se manifiesta en la propensión del ser humano a maximizar beneficios y minimizar costos, sin importar la situación en que se encuentre. La diferencia en lo que se consideran beneficios o costos depende de donde se esté en la jerarquía de necesidades humanas, de gustos y habilidades, de la cultura que a uno lo rodea, y del conocimiento y experiencia que se ha adquirido en lo personal. Los fines humanos son distintos para cada quien, pero todos los seres humanos buscan esos fines de la manera menos costosa posible. Esta tendencia a maximizar beneficios no tiene por qué verse de una forma negativa, si bien ello lleva al ser humano a “pecar,” a atropellar los derechos ajenos, es también lo que le ayuda a él y a los suyos a sobrevivir en un planeta altamente competitivo, y no me refiero únicamente a la competencia entre humanos, aunque a veces esa competencia parezca la más feroz. Lo “censurable” es esa maximización desde el punto de vista exclusivamente cortoplacista. La supervivencia y el bienestar del ser humano depende en gran parte

¹ El uso de la palabra *instinto*, es incidental, cualquier término que describe una probabilidad estadística alta en seres humanos hacia la supervivencia puede usarse.

de relaciones de beneficio con otros seres, no sólo humanos, a largo plazo. Las acciones exclusivamente corto-placistas ponen en peligro esas relaciones.

Hay que recordar que a mayores beneficios y menores costos, mejores son las posibilidades de sobrevivir, por eso el ser humano nunca deja de buscarlos y afianzarlos. Claro que el esfuerzo en esta búsqueda es inversamente proporcional al sentido de bienestar y seguridad que experimenta el individuo. Entre menos seguro de sus posibilidades de sobrevivir en el ambiente que lo rodea, más intentará un individuo acaparar beneficios, y minimizar potenciales costos, muchas veces poniendo en peligro aquello que le da mejores posibilidades de sobrevivir al largo plazo. Por eso es que algunos jueces ingleses y estadounidenses se sienten más amenazados por el derecho nulificador del jurado que otros y ponen en peligro el bienestar de largo plazo de su país extendiendo su jurisdicción y poderes con tal de sentirse seguros en su posición y sueldos. Otros simplemente no conocen la importancia que tiene la institución del jurado para la sociedad.

El Ser Humano y su Grupo Social

El instinto de supervivencia del ser humano lo lleva a asociarse con otros seres humanos; la cooperación es una de las maneras más efectivas que ha encontrado para poder sobrevivir al largo plazo. A pesar de que la cooperación también impone costos, los beneficios que ésta trae son generalmente mayores. Aparte de la compañía y el deseo de reproducirse, el ser humano gravita hacia otras relaciones que le permiten beneficiarse a una escala mayor de lo que

puede solo o en familia. Los beneficios que estas relaciones traen, emotivos o materiales, contribuyen a que haya solidaridad entre los beneficiados.

Seres humanos tienden a cuidar las relaciones que le traen beneficios. Pero, la solidaridad con los que están fuera de la familia o grupo social en que se encuentra no es instintivo para el ser humano; extraños pueden ser una amenaza para sus beneficios. Cuando un ser humano no percibe los beneficios alternativos, o porque percibe peligros concretos, intenta beneficiarse a costa de otros. Esto es cierto no sólo de individuos, sino que también de grupos. Seres humanos con relaciones de beneficio mutuo tienden a consolidar sus relaciones y formar sociedades.

Una sociedad es un grupo relativamente autosuficiente e independiente de personas que mantienen relaciones establesⁱ, es un sistema dinámico. Es un conjunto de partes *interdependientes* que funcionan *como* una unidad; porque las partes son interdependientes, tienden a buscar un equilibrio. No es un fenómeno lineal, o sea un sistema que sigue padrones o combinaciones predecibles, es lo que Hayek llama un orden espontáneo. Tiene tendencias, pero por la infinidad de variables, éstas no son predecibles desde un punto inicial. Cualquier predicción a corto plazo o particular de un estado futuro en un sistema aperiódico, o espontáneo, es imposible, aunque sí pueden observarse tendencias a la larga, como lo son los auges y caídas de civilizaciones en la historia,ⁱⁱ el mecanismo de precios en un mercado libre, las tendencias a ciertas normas, o costumbres, y, en especial en un sistema social humano, la tendencia a formar instituciones permanentes para el intercambio de bienes o beneficios.

La sociedad humana, como cualquier sistema tiende a buscar equilibrio; esa es otra característica importante.

Las características de un sistema son importantes para explicar ciertos fenómenos. Los sistemas son conjuntos de elementos interrelacionados. El ejemplo más conocido es el del medio ambiente donde los elementos son, de una forma burda, el aire, la tierra, el agua, las plantas y los animales cuya existencia depende de cada uno de los demás elementos en el sistema.

Simplificándolo mucho, un conejo se come las plantas mientras que él es comida de carnívoros, quienes a su vez al morir se convierten en abono para las plantas, que dan oxígeno y comida para los herbívoros. Entre los animales la regla interrelacional es come o te comerán. Pero tienden a mantener un equilibrio. Un exceso o falta de cualquiera de los elementos en el sistema perturba ese equilibrio y puede llegar a destruirlo.

Aunque muchos seres humanos tienden a guiarse por el mismo instinto que rige a la mayoría de animales, las grandes civilizaciones se caracterizan por ser sistemas en donde la base de las relaciones no es un juego suma cero, donde una de las partes necesariamente pierde mientras que la otra gana, como tiende a pasar en la selva. Un sistema humano equilibrado tiende a crear una serie de relaciones de beneficio mutuo, donde todas las partes dentro del sistema ganan, adquieren beneficios y/o minimizan costos. Come o te comerán sigue siendo parte de la programación animal con que nacimos, un instinto fuerte en muchos, especialmente por cuestiones hormonales en el sexo masculino desde la adolescencia hasta finales de su tercera década de vida.

Esto explica en parte el gran auge de criminalidad en Guatemala a principios del siglo XXI: pocas formas de poder beneficiarse, el desempleo, se suman a un instinto agresivo en gran parte de la población con poco discernimiento de sus intereses a largo plazo. Una mirada a las estadísticas poblacionales de Guatemala revelará que el tamaño de la población de hombres entre 15 y 25 años de edad, sin empleo, es demasiado grande para poder controlar con una fuerza policiaca débil y corrupta.

La lucha constante dentro de un sistema humano es por controlar sus instintos animales y mantener sólo relaciones de beneficio mutuo. El ser humano cuida las relaciones o sistemas que le traen beneficios, pero los que están fuera quedan expuestos a ser explotados o devorados. Hay muchos ejemplos en la historia que apoyan esta afirmación. Los hebreos, los ciudadanos griegos y romanos, los mongoles, los cristianos, los musulmanes, etc., etc., etc., confirman la tendencia de pueblos “civilizados” a no aplicar los principios del derecho o la moral a naciones extranjeras, sino a utilizar la regla del más fuerte, protegiendo sus intereses a corto plazo de una forma miope. A principios del siglo XX, los diferentes estados nacionales, la organización de Naciones Unidas, la OPEP, las grandes religiones, las grandes corrientes ideológicas, las diferentes mafias, etc., son todos sistemas que se interrelacionan a nivel mundial con las mismas tendencias excluyentes. Pero esta propensión no es exclusiva de los grandes pueblos y otras entidades soberanas, lo mismo sucede dentro de un sistema nacional, entre los subsistemas, con restricciones variables.

En todo sistema humano, aunque a ciertos niveles hay cooperación con otros cuando le conviene a los miembros, tiende a haber explotación o acciones con el propósito de beneficiarse a expensas de otros seres humanos o sistemas que le son ajenos, o sea, imponiéndoles costos involuntarios. Lo único que se los puede impedir es una fuerza mayor. En un Estado esta fuerza es el gobierno, que el pueblo trata de controlar por medio de una estructura de pesos y contrapesos. Los pesos y contrapesos teóricamente son instituciones que limitan los poderes entre ellos mismos. Cada una de esas instituciones es un sistema en sí mismo. Dentro de estos pesos y contrapesos que han ido evolucionando a través de la historia se encuentra la separación entre las instituciones del legislativo, el ejecutivo y el judicial que conforman el gobierno de un Estado moderno. Se ha tratado de separar al gran sistema del gobierno en otros sistemas más pequeños, que cada uno, velando por sus intereses, se supone que evitará que los demás exploten al pueblo por medio del monopolio de la fuerza que ellos detentan.

Dentro de un sistema generalmente hay una serie de subsistemas, como es el caso de los sistemas humanos. Gobiernos, empresas, familias, asociaciones, grupos religiosos, sindicatos, equipos deportivos, etc., todos con sus propios subsistemas, existen dentro de un mayor sistema geográfico o nacional, el Estado. No hay límites claros a un sistema; los elementos de uno a menudo se traslapan con otros sistemas, hasta formar parte de varios sistemas al mismo tiempo. Si los beneficios percibidos son suficientes, dos o varios sistemas tenderán a fusionarse y a cooperar para maximizar beneficios. Dada

esta tendencia, no es de extrañar que el ejecutivo, el legislativo y los jueces lleguen a formar un sistema propio de relaciones de beneficio mutuo con la inevitable tendencia a explotar los que quedan fuera, en este caso, el pueblo.

Los Jueces

La sociedad, entonces, es una red de relaciones de beneficio mutuo, en cual red se encuentran los jueces y miembros del jurado, quienes también emprenden relaciones para poder maximizar beneficios y minimizar costos. Los jueces, dependen del legislativo y el ejecutivo para sus nombramientos, remuneraciones, y promociones. A cambio de estos y otros beneficios, el juez tiende a cuidar estas relaciones de beneficio mutuo y a apoyar toda legislación que no minimize su propio poder, y a explotar, o puesto en palabras más jurídicas, a “ampliar su propia jurisdicción y poderes” a expensas de todo aquel que no se puede defender, como es el caso de ciertos acusados, abogados y del jurado. Como muestra de esta propensión es interesante recordar lo dicho por los jueces en *Commonwealth. v. Anthes* al efecto que cualquier “estatuto [de instruir al jurado que tienen el derecho de juzgar la ley] estaría más allá del alcance legítimo del poder legislativo, repugnante a la constitución, y, por supuesto, inoperante y nulo.”ⁱⁱⁱ

Además de relaciones estables con el legislativo, los jueces también tienen relaciones con el ejecutivo, por medio del fiscal, y con diferentes abogados, con los que salen a almorzar, a jugar golf, se juntan en asociaciones donde los abogados les otorgan honores y premios, y les hacen donaciones a

sus campañas. Hacen amistades y favorecen a un abogado sobre otros, desarrollan aversiones por algunos y los castigan favoreciendo al adversario.

Lo más obvio es que están expuestos a sobornos y amenazas, promesas de beneficios o costos, que casi siempre van de la mano. Dada la propensión del ser humano a maximizar, en cualquier sistema humano donde hay discrecionalidad para otorgar beneficios, a un costo mínimo para el que tiene la discreción, habrá corrupción. Un juez no sólo no es la excepción, sino que está tan expuesto, si no más a la tentación que los legisladores.

La percepción general en Estados Unidos de la calidad moral de los abogados (juez = ex-abogado) y congresistas es bastante baja, 25% y 19% respectivamente, y los copiadores *confesos* en la escuela de leyes en una universidad prestigiosa de Estados Unidos es del 63%.^{iv} Sumemos a esto el hecho que la mayoría de jueces son abogados con pocas posibilidades de éxito en esa profesión. Estudios hechos en Guatemala demuestran que el nivel profesional promedio del juez guatemalteco es bajo, que no conocen el contenido de la Constitución y la consideran meramente declaratoria, o sea que no la toman en consideración a la hora de fallar, que no hay un análisis jurídico de las pruebas antes de establecer la culpabilidad o inocencia del acusado, que debe su nombramiento a amistades e influencias, ha sido educado en la subordinación jerárquica al juez de instancia superior, y que se vale de un manejo legalista/ritualista.^v

Al menos que sea un santo, un juez, al presentársele una situación donde, por un lado, hay amenazas contra su vida y las vidas de su familia y, por

el otro, la vida y seguridad propias y de su familia, juntos con una jugosa suma de dinero, escogerá la segunda opción, pues está programado por la naturaleza a maximizar beneficios y minimizar costos, aunque eso signifique darle la libertad a un asesino. Es humano, aunque no sea ético. Para actuar éticamente una persona tiene que reprogramarse. Para hacer esto hace falta que reconozca la dependencia de sus beneficios a largo plazo de la comunidad. La diferencia entre un juez corrupto y uno honrado es que los dos tienen una perspectiva distinta del largo plazo y de la vida, distintas expectativas del futuro y de la muerte.

Pero no es necesario llegar a ese extremo de tener que escoger entre perder la vida y poder beneficiarse. Hay pocas personas que no escogerían aquello que les permite avanzar en posición y sueldos si los costos son bajos. Si su avance depende de la forma en que han resuelto diferentes casos a criterio del ejecutivo y legislativo, no es extravagante suponer que los jueces apoyarán leyes aprobadas por ellos para poder mejorar su situación.

La civilización depende de la moral, o, para quienes no les gusta la palabra, la ética, es decir, el establecimiento y la aplicación de reglas que controlen los instintos más agresivos y adquisitivos del ser humano, resuelvan conflictos y permitan que se den intercambios que beneficien a todos los miembros de una sociedad, sin que se puedan imponer costos involuntarios. El juez se encuentra en una posición que difícilmente le permite ser moralmente correcto. Está rodeado de oportunidades de beneficiarse a un costo bajo, si se ignoran los costos a largo plazo; pedir que la justicia y la limitación del gobierno

se quede en sus manos y la de otros profesionales del derecho sin ninguna restricción efectiva resulta algo ingenua. Es justo recordar que algunos jueces son lo suficientemente éticos para reconocer sus limitaciones:

...como lo demuestra la experiencia de la historia, no puede suponerse que jueces serán siempre justos e imparciales, y libres de la tendencia, a cual tendencia hasta los magistrados más rectos y eruditos se sabe que han cedido, -por motivos sumamente patrióticos, y con la intención más honesta de promover simetría y exactitud en la ley, -de ampliar su propia jurisdicción y poderes a expensas de aquellos confiados por la constitución a otras instituciones.^{vi}

Y si los jueces más rectos y eruditos ceden ante la tentación de maximizar sus beneficios, conseguir lo que a su juicio ellos consideran bueno, a costa de los demás, ¿que puede esperarse de aquellos que simplemente escogieron la profesión del derecho para enriquecerse? Con “honorarios” que suman hasta los miles de dólares por hora para algunos abogados ¿puede suponerse que la mayoría de profesionales del derecho ejercen la profesión por amor desinteresado a la justicia? Sería mucho pedir. Situados en un sistema, rodeados de oportunidades de establecer relaciones estables de beneficio mutuo, la actitud kantiana, altruista, con la que quizás entran los jueces a su oficio, dura poco. En vez de limitar al resto del gobierno se convierten en sus cómplices. Desde una perspectiva cortoplacista, están haciendo lo racional.

El Problema de la Limitación del Gobierno

Se supone, entonces, que si los tres poderes han de limitarse los unos a los otros, pero, en realidad, forman un solo sistema y reparten los beneficios de la usurpación de poder entre ellos mismos, el pueblo no tiene protección alguna. Podrían crearse más y más instituciones, pero el sistema simplemente se irá

ampliando y se continuará repartiendo el pastel entre más y más usurpadores. Puede haber una Corte de Constitucionalidad, una Procuraduría de Derechos Humanos, una Procuraduría del Pueblo, etc., etc., etc., pero no hay nada que impida que lleguen a formar parte del sistema explotador. ¿Quién los va a nombrar? ¿Quién les va a pagar? ¿Quién decide a quien se promociona? y ¿en base a qué? Toda institución con miembros permanentes o semi-permanentes cuya función será limitar al resto del gobierno tenderá a establecer relaciones y fusionarse con ese sistema, a costas de los que quedan fuera del sistema, el pueblo.

El que el pueblo los elija y pueda dejar de votar por ellos no impide su propensión a explotar a los demás, por medio de la ley, durante los años que forman parte del sistema, haciéndole daños irreparables al sistema más amplio de la sociedad o nación. Los inteligentes pero miopes miembros de la comunidad que queden fuera se pelearán entre sí por alcanzar el poder. Cuando se presenta la oportunidad de pertenecer a un sistema con el poder absoluto de explotar a los demás y la otra opción es quedarse a ser explotado, lo racional es luchar por pertenecer al primer sistema, aunque en realidad sea como salirse de un barco casi hundido a otro que no tardará mucho más en hundirse. Y, los inteligentes y honorables, pero igualmente miopes, miembros que se quedan afuera no quieren meterse a la política porque no quieren ensuciarse. O porque conocen sus propias limitaciones.

Es posible que muchos intenten alcanzar el poder para poder cambiar la situación e implementar un sistema más justo, pero aquellos con el vigor

necesario parecen no tener la disciplina ni la visión de largo plazo que provee la experiencia. Estando dentro del sistema sólo hombres con una disciplina y convicción ética férreas pueden resistir todos los beneficios que les tiran encima. Esos hombres son contadísimos a lo largo de la historia. Obsérvese el primer acto del General Ríos Montt después de ser electo al Congreso de Guatemala en 1999. Inmediatamente propuso el aumento de los sueldos ya elevados de los congresistas, a pesar de que el resto de la población apenas tiene para comer. Sin duda las deudas que acumuló en la campaña tenían que ser pagadas y esto evitó que viera la situación en que se encontraban los que lo llevaron al poder por medio de su voto. Sus deudas y compromisos adquirieron más prioridad que el bienestar del pueblo. Es comprensible. Es humano. Pero, obviamente, no fue el hombre ético y disciplinado que los votantes creían que era.

Otros creen que deberían de tratar de ampliar este sistema que reparte beneficios entre sus miembros de tal forma que todo el pueblo quede dentro de éste. Pero siempre habrá alguien encargado de repartir esos beneficios y se repartirán en base al criterio de los que hacen la repartición. El mismo juego de intercambio de beneficios que depende de la perspectiva e intereses del repartidor surgirá, y se desarrollarán nuevos sistemas dedicados a la explotación. La Rusia Soviética es un buen ejemplo. La repartición de beneficios se hizo de forma tan arbitraria que los incentivos para producir quedaron destruidos, con aquellos pocos honorables tontos, los trabajadores y productores que no buscaban sus beneficios en el gobierno sino en el trabajo,

soportando todo el peso. Un sistema no puede aguantar tales condiciones, tarde o temprano se desintegra.

Mientras el gobierno de Guatemala está ocupado repartiendo beneficios e imponiendo costos a la población, está descuidando su deber primordial, la seguridad ciudadana. La respuesta a este descuido entre la población, maximizadora, humana, normal, pero cortoplacista, son los linchamientos. Se dan en su mayoría entre gente al borde de la inanición. La desesperación por sobrevivir los motiva a eliminar aquellos que les quitan los pocos centavos que tienen para alimentarse, para pagar medicinas, cuidar de sus hijos. En otras palabras, están eliminando a aquellos que les imponen costos que podrían resultar en su extinción. *Su* cortoplacismo puede excusarse por la ignorancia, la desesperación y la falta de nutrición que necesita el cerebro para funcionar al óptimo, no así la de los miembros del gobierno, ellos simplemente son ignorantes. Pero también eso es comprensible, por mucho que los que no estamos en su posición lo querramos condenar. Es humano.

Platón pensaba que el jefe de Estado ideal sería un rey-filósofo, pero son rarísimos los seres humanos que están dotados de suficiente conocimiento, disciplina y visión al largo plazo para fungir como jefes de Estado, congresistas o jueces. Machiavelli igualmente pensó que los problemas políticos se podrían resolver con el príncipe ideal. Hobbes igual. Rousseau decidió que esa fe debería de ponerse en el legislador. Pero, la historia ha ido demostrando como los legisladores, también, al final, son corruptibles. Desafortunadamente Hayek ha depositado esa fe en el juez. No sé si es por desconocimiento del sistema

legal inglés o por esa desconfianza al hombre común que le tienen la mayoría de intelectuales. Pero, como dijo el muy honorable juez Gray, hasta el más recto y erudito de los hombres cede ante la tentación de ampliar su jurisdicción y poderes para implementar *su* visión de lo bueno. Los jueces tienen los mismos defectos que tienen los príncipes y legisladores.

Hayek propuso que el problema principal de las organizaciones políticas era “¿Cómo limitar la ‘voluntad popular’ sin poner otra ‘voluntad’ sobre ella?”

También dijo que

en cuanto reconocemos que el orden básico de la Gran Sociedad no puede descansar únicamente en el designio, y no puede entonces apuntar a resultados pronosticables, vemos que la condición, como legitimación de toda autoridad, de un compromiso ***con principios generales aprobados por la opinión general,***² bien podrían poner restricciones efectivas a la voluntad particular de toda autoridad, incluso la de la mayoría del momento.^{vii}

Señaló también que el ideal de libertad individual parece haber florecido entre pueblos en donde ha predominado el derecho hecho por jueces.^{viii} Hayek dice que “el juez no puede preocuparse con las necesidades de personas particulares o grupos, o con ‘razones de estado’ o ‘la voluntad del gobierno’, o con cualquier propósito particular que un orden de acciones puede esperarse que sirva.”^{ix} Pero, la condición del juez, como ser humano, no permite que, generalmente, pueda desasociarse de la dinámica del sistema humano en que reside, el gobierno. Se ha demostrado como la voluntad particular de los jueces tiende a aliarse a la voluntad particular de los legisladores porque, igual que el legislador, el juez es maximizador de beneficios. No hay nada que lo evite.

² negrita y cursiva mía

Por otro lado, la historia claramente refuta la idea que hayan sido los jueces imperiales los responsables del derecho romano, ya que en Roma, en el momento que se eliminó el uso de los *judices* laicos en tiempos de Constantino y se instauró el uso exclusivo de jueces oficiales, el desarrollo del derecho romano llegó a su fin. En Inglaterra, los diferentes casos citados demuestran que si se dejara exclusivamente en manos de los jueces decidir el derecho, los precedentes para la libertad de religión (Penn & Mead), la libertad de expresión y prensa (Zenger y los Siete Obispos), y el principio de someter hasta el soberano a los tribunales ordinarios (la Revolución Gloriosa), por citar unos pocos casos, no existirían.

Por último, la capacidad que Hayek le imputa a los jueces de considerar únicamente las relaciones abstractas que tienen que preservarse mientras lo particular cambia, no es posible para ningún ser humano en las circunstancias de un juez, rodeado de la oportunidad de beneficios que le nublan la capacidad de ver esas abstracciones que salen de la consideración entre los beneficios a corto y largo plazo entre el individuo y la comunidad. El juez se encuentra rodeado de árboles que le impiden ver el bosque.

Al enfatizar la importancia del jurado puede ser que haya minimizado la importancia del juez, pero no es esa mi intención. El juez tiene un lugar muy importante en el gobierno. Sin la ayuda de jueces íntegros como Vaughan y otros, el *poder* del jurado hubiera sido anulado. Pero, al igual que al legislador o a un rey, no se le puede dar el poder absoluto a los jueces, en lo individual o como grupo; necesitan alguien que los limite, porque jueces como Vaughan y

Gray están en la minoría. La mayoría de jueces le ha negado el *derecho* nulificadorio al jurado y le negarían el poder si pudieran. El límite al poder de los jueces no puede ser ni el legislativo ni el ejecutivo ni otros jueces, pues como se ha demostrado, lo único que tiende a pasar es que todos forman una alianza, dejando el poder absoluto, no en manos de uno sólo, pero en un sistema más grande y pesado con la capacidad y *tendencia* de explotar al pueblo.

La única institución conocida en la historia que ha podido limitar al sistema gubernamental sin las posibilidades institucionalizadas de establecer relaciones de beneficio implícitas en éste, es el jurado, porque al maximizar sus beneficios y minimizar sus costos no lo está haciendo como miembro permanente de un sistema particular, sino como miembro de un sistema más grande: la comunidad, nación o Estado. Esta, con sus miembros que entran con la misma tendencia maximizadora que cualquier ser humano posee, por ser sólo de una forma abstracta que se pueden beneficiar, tienden a mantener una actitud ética, kantiana, de largo plazo, gracias a esa capacidad que Hayek le atribuye a todo ser humano de razonar, en el corto tiempo que dura un juicio. El jurado es el límite a la voluntad particular de la autoridad de los jueces, del legislativo, del gobierno en su totalidad y de la mayoría que pueda ser representada en ésta.

El Jurado

Los miembros del jurado, ciudadanos comunes y corrientes, no son personas distintas al juez, incluso es bastante probable que su calidad moral

promedio, su “juicio, carácter, conciencia moral, percepción, y discriminación”^x sea más baja que la calidad moral de un juez *Íntegro*. Y es cierto que la mayoría no han estudiado leyes, ni principios del derecho, seguramente la mayoría de juradores no podría nombrar el artículo de la Constitución que garantiza su derecho a la vida. Es probable que muchos de ellos no saben mucho más que la profesión que ejercen, sea como panaderos, oficinistas, mecánicos, artistas, empresarios, etc.

Pero, igual que el juez, tienen en común, como dice Hayek, la razón, “su capacidad común de pensamiento abstracto.”^{xi} En sus respectivos campos tienen metas, fines, y buscan los mejores medios para lograrlos; maximizan beneficios y minimizan costos tan bien como puede un magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Lo harán en la situación que se encuentren, como cualquier ser humano; le sacarán provecho al puesto que sea, directa o indirectamente.

En cuanto a la ética, intuita por la razón, el ciudadano común y corriente tiene tantas oportunidades de ejercerla como lo tienen los jueces, pues la ética tiene que ver con “impulsos internos, juicios y obligaciones” que todos tenemos. *“No es necesario conocer la ética filosófica para participar en un debate moral o para resolver dilemas morales...la mayoría de personas ya tiene una comprensión práctica de lo bueno.”*^{xii} La ética es simplemente una guía que permite minimizar costos y maximizar beneficios a largo plazo en relaciones personales y como miembros de una comunidad; algunas personas están más

concientes de esos costos o beneficios que otros, pero esas personas no son necesariamente los jueces.

El jurado, entonces, es un grupo de personas maximizadoras con la capacidad de razonar, con un nivel ético promedio, ni más alto ni más bajo que el nivel ético del grupo de jueces promedio. Los impulsos de los miembros del jurado son los mismos que tienen los jueces, maximizar beneficios y minimizar costos; la programación genética que motiva su comportamiento es la misma.

Antes de entrar en la dinámica del jurado es necesario describir algunas de las características tradicionales del jurado anglosajón, las características que son imprescindibles para que un jurado pueda en efecto ejercer su papel de limitar al gobierno y defender los derechos humanos.

Las Características del Miembro del Jurado

Al jurador se le escoge **al azar** del grupo de ciudadanos de la comunidad donde se violó alguna ley; suelen sacarse de la lista de licencias de manejar o personas registradas para votar. La idea es sacarlo del grupo más amplio que encierra la comunidad. El jurado, en teoría, tiene que ser un segmento representativo que refleje los juicios de valor de su comunidad. No pueden tener relaciones con las partes, el acusado, el querellante, el fiscal, el juez, o cualquier otra parte directamente relacionada, y, en algunos casos, ni siquiera conocerlos, para eso es el proceso conocido como *voir-dire*, donde se determina la imparcialidad del jurador

Tienen el estatus de representantes del pueblo, con toda la dignidad que merece cualquier otro funcionario o presidente electo por el pueblo. En realidad son más que representantes, en su totalidad son el pueblo, para quienes presidentes, legisladores y demás servidores públicos fueron electos para servir. Pero no son electos por votación sino al azar, sin campañas costosas que los comprometen con intereses particulares. Tienen las mismas características que tiene cualquier persona con derecho a ser electo miembro del ejecutivo o legislativo, sin los compromisos adquiridos por estos últimos, y con el deber de fiscalizar la aplicación de la ley.

Como integrantes del jurado, al entrar a juicio, se desligan de todo sistema que no sea el sistema global de la comunidad, o de nación o Estado. Durante el juicio no tienen contacto personal con alguien más relacionado con el juicio, especialmente con el acusado. En casos donde existe la posibilidad de soborno o amenazas se mantienen aislados para la duración del juicio, sin contacto con nadie fuera del mismo jurado y la corte.

Como parte del grupo que constituye el jurado, el jurador puede entablar relaciones de beneficio con otros miembros del jurado que quizás duren toda la vida, pero las probabilidades para un jurador de beneficiarse directamente de la condena o absolución del acusado son mínimas. Eso no quiere decir que no encontrará la forma de beneficiarse de su situación. Al menos que el acusado sea una amenaza directa para su bienestar, en cual caso no es elegible al jurado por ser parcial, la forma en que un jurador se beneficia es de una manera abstracta.

En casos penales, el jurador determina si las acciones por las cuales el acusado fue arrestado realmente son una amenaza a sus beneficios a largo plazo como ciudadano, y permite que el gobierno lo castigue si determina que sí lo son. O si, por otro lado, las acciones por las cuales el acusado fue arrestado no constituyen una amenaza o podrían ser, incluso, de beneficio para el ciudadano o la comunidad, no permite que el gobierno lo sancione.

Las decisiones en casos civiles fijan las reglas comunitarias de propiedad. La participación del jurado en este tipo de caso no es menos importante que en los casos penales o criminales, ya que la propiedad es lo que le proporciona al individuo independencia económica, y dejar esto en manos de jueces es permitir que ellos, con la misma parcialidad que deciden casos penales, determinen quien tiene derecho a qué propiedad. Los peligros potenciales por parte del gobierno en relación a la propiedad no son menos que aquellos relacionados con la libertad política.

Hay defectos en las formas de resolver casos civiles, especialmente si se hace por medio de pagos en dinero, que talvez hay que modificar, puesto que es fácil regalar dinero que no es propio y los juradores a veces parecen excederse cuando ven la vida de una víctima destruida frente a los abogados acaudalados de una corporación. Talvez el problema está en que el dinero otorgado en una demanda suele ser el promedio entre mínimos y máximos que los juradores creen justa compensación. Pero ese es otro tema de investigación. Lo importante es que las modificaciones tendrían que hacerse sin eliminar la

característica clave del jurado, su imparcialidad y ausencia de relaciones fijas con el gobierno.

Para asegurar que los juicios de valor utilizados en un juicio son los de la comunidad, el grupo se hace lo más grande posible, también para que se reduzca la “necesaria e irremediable ignorancia de todos los hechos necesarios para determinar las acciones del ser humano en sociedad.”^{xiii} Aquí es donde se acopla la ley con la ‘voluntad general,’ porque “los factores que determinan la evolución [de la ley] serán siempre ideas altamente abstractas y a menudo inconcientes sobre lo que es justo y apropiado...”^{xiv} Estas ideas altamente abstractas e inconcientes son las que dominan la forma de decidir de los miembros del jurado en un caso.

Como saben los estudiantes de la Opción Pública, en cuanto más grande se hace un grupo más tiempo se usa para alcanzar la unanimidad. Para los griegos y sus jurados, compuestos por entre 500 a 1,500 ciudadanos, la unanimidad era imposible, especialmente en un día, que era lo que duraban los juicios. La falta de unanimidad fue lo que llevó a lo que Hayek lamentaba como la oposición entre la voluntad irrestricta del pueblo ‘soberano’ y el imperio de la ley.

Cuando el gobierno se utiliza para saquear, como diría Bastiat, las luchas por el poder mantienen a un país en constante zozobra. Pasó lo mismo en Roma hasta que se consolidó el poder en el emperador. El hecho que las reglas de la propiedad todavía se decidían con jueces laicos permitió que la economía siguiera sana y el imperio romano no se desintegrara hasta cuatro siglos

después, pero no había libertad política, lo que eventualmente llevó a que también se eliminara el jurado en casos civiles. El uso de un solo juez laico, aunque quizás no reflejaba tan bien los juicios generalizados de la comunidad como un grupo más grande, los reflejaba mejor que lo hacían los magistrados que más tarde decidían todos los casos por sí mismos, de principio a final.

¿Cuál es el número ideal para un jurado, haciéndolo lo suficientemente grande para reflejar los juicios de valor de la comunidad, pero no tan grande que llegar a la unanimidad imponga un costo demasiado alto a la sociedad? Tal vez estudios científicos de este fenómeno lo puedan determinar con exactitud. Lo cierto es que el número doce le ha resultado bastante bien a Inglaterra y Estados Unidos. Puede ser que para reglas menores, que no imponen costos muy altos a los individuos que las violen, únicamente se necesiten uno, dos o tres individuos, siempre con la estipulación que sean laicos y que no estén en función de juez más que algunos meses, para conservar su imparcialidad.

Los derechos o deberes que Lysander Spooner exige para el jurado son los siguientes:

...el derecho a juzgar cual es la ley [a aplicar en un caso], si la ley es Justa, que evidencia es admisible, que peso le pertenece a la evidencia, si la intención de una acción fue criminal, y el derecho también de limitar la sentencia, libre de dictado alguno...^{xv}

Más tarde expondré las razones por las cuales Spooner insisten en que estos sean sus deberes. Por último, la absolución de un acusado por el jurado es final. La condena está siempre sujeta a revisión y a un juicio nuevo si el juez halla que el acusado no obtuvo un juicio justo e imparcial. Así el sistema erra a favor del acusado, de los inocentes.

La Dinámica del Jurado

Para el jurador, igual que para el juez, la decisión en un caso es un cálculo racional de beneficios a corto y a largo plazo, como individuo y como miembro de la comunidad. Ya que los beneficios posibles a corto plazo, en un juicio con condiciones óptimas, son mínimas o inexistentes, el jurador se ve obligado a analizar abstractamente los beneficios a largo plazo, donde se encuentran la mayoría de mandatos éticos o morales. La mayoría de veces los jueces coinciden con el juicio del jurado, pero en aquellas situaciones en donde no están de acuerdo, es porque el juez y el jurado tienen diferentes perspectivas de lo bueno o lo malo, lo deseable o lo indeseable, lo conveniente o lo inconveniente.

Aquí la sociedad enfrenta lo que se llama un dilema ético, opciones entre lo bueno y lo malo, o lo malo y lo malo. Como se ha señalado anteriormente, las perspectivas del jurado y del juez son distintas por su posición relativo a algún sistema. El jurador, sin poder considerar sus propios intereses, puede evitar las tentaciones que se le presentan al juez y considerar el bien común de la comunidad y los derechos del individuo, intentando mantener un equilibrio entre los dos. Esto no es algo que el jurador común hará conscientemente, es la forma en que funciona la mente humana, utilizando la razón que le permite ver a largo plazo, considerando sus necesidades, costos y beneficios.

Rushworth Kidder, en su celebrado libro sobre este tema, *Cómo las Personas Buenas Toman Decisiones Difíciles*, afirma que todo dilema puede encajarse dentro de cuatro modelos o paradigmas:^{xvi}

- Verdad v. Lealtad
- Individuo v. Comunidad
- Corto plazo v. Largo plazo
- Justicia v. Compasión

El primer paradigma se elimina para el jurado al escogerlo al azar de su comunidad, asegurando que no conozca al acusado, o mantenga relaciones con él. La lealtad, o solidaridad, hacia la comunidad queda, pero es algo tan abstracto que sólo inclina la balanza cuando un fallo podría ir fácilmente hacia cualquiera de los dos, los derechos del individuo o los intereses de la comunidad. La lealtad de un juez en la misma situación está más comprometida, pues tiende a sentir más solidaridad con el sistema donde tiene la mayor parte de sus relaciones, que le suministra sus beneficios y le otorga un alto estatus dentro de la comunidad.

Para el jurador, como explicado anteriormente, el corto plazo desvanece ante la falta de beneficios que pueden procurarse en ese tiempo. La mayoría de beneficios que presentan una tentación para el juez son generalmente beneficios a corto o mediano plazo, lo cual nubla su capacidad de ver sus intereses a largo plazo, que dependen del bienestar de la comunidad. Un gran beneficio presente, aun para un juez, es más atractivo que lo que no se tiene en manos, o cuyas consecuencias son inciertas o lejanas. Como dijo Keynes, un hombre

capaz, educado e inteligente, a la larga todos estamos muertos. Tiene razón, lo que se le olvidó, y se nos olvida a todos a de vez en cuando, es que una civilización no se construye en el corto plazo, y sin ésta estamos muertos más pronto que tarde.

Muchos de los dilemas que se presentan ante un jurado en casos penales son del segundo tipo, individuo versus comunidad. En el primero de estos, entran en pugna los derechos o intereses del individuo versus los poderes cedidos al gobierno para fortalecer y proteger a la comunidad. Los juradores, como miembros ajenos al aparato que protege su comunidad, tienen que tomar en consideración su posición como individuos frente a esta estructura, o sistema. Esta estructura, al mismo tiempo que, entre otras cosas, les da protección contra las arbitrariedades de otros individuos, fácilmente puede convertirse en una amenaza a sus beneficios, entre ellos sus derechos y/o libertades.

El juez, como parte de ese sistema gubernamental, tenderá a favorecer su fortalecimiento, ampliando la jurisdicción y poderes que le permiten maximizar beneficios y minimizar costos a costa de la libertad de los individuos, creyendo que está haciendo lo correcto. El jurado, como he demostrado en muchos casos, entre los cuales se encuentran los de *William Penn & William Mead y Rex v. Zenger*, a pesar de la presión y castigo de los jueces, tiende a defender derechos fundamentales, sin poner en peligro la estructura coercitiva de la cual depende la comunidad para su protección. Aquí sería interesante analizar el caso de O. J. Simpson, porque explica la dinámica y modo de razonamiento de

los miembros del jurado en un caso contemporáneo que se ha usado para desprestigiar al jurado.

Es bastante probable que Simpson haya asesinado a su ex-esposa y al amante de ésta. Sin embargo, en la acusación criminal, el jurado lo absolvió ¿por qué? Por varias razones. Primero, el jurado estaba compuesto, no por los vecinos de Santa Mónica, sino por residentes del centro de Los Angeles, personas con *perspectivas* totalmente distintas. La mayoría de vecinos de Santa Mónica son personas acaudaladas, acostumbrados a vivir en paz y tranquilidad, y si tienen algún roce con la policía, el agente policíaco se muestra respetuoso y cortés.

El ambiente en el centro de Los Angeles es distinto, la delincuencia es mucho más común, la vida del policía peligra y éste se siente a la defensiva. Consecuentemente, trata a los residentes de esos barrios como a una amenaza, toscamente y sin el respeto debido. Para los residentes del centro, la policía también es una amenaza, a su libertad y a las pocas oportunidades que tienen de beneficiarse, en parte por medio de las drogas, su venta o consumo. Suficientes son los casos de abuso de autoridad por la policía como para que los residentes del centro no les sientan ningún afecto, y los crean un verdadero peligro. Esta es la perspectiva de la gran mayoría de personas que la fiscal en el caso permitió que integraran el jurado, pensando que sentirían simpatía para con las víctimas de Simpson. Los integrantes del jurado fueron, en su mayoría, mujeres negras.

El policía del caso violó una serie de reglas al investigar la muerte de Nicole Brown Simpson y Ronald Goodman, tratando de encontrar evidencia que el asesino era O. J. Simpson. Durante el juicio también surgió que el policía había hecho comentarios racistas. En fin, el caso se convirtió de uno en donde un ciudadano había asesinado a otros dos, a uno en donde uno de los agentes del gobierno rebasó los límites legales de su jurisdicción y poderes, aparentemente causados por su prejuicio racial. A la hora de fallar, para el jurado, el precedente que podría sentar la actuación de ese agente era una amenaza mayor de lo que era Simpson. Si condenaban a Simpson estarían dándole un visto bueno a los métodos que utilizó la policía, quienes seguirían usándolos si vieran que con esos métodos obtenían condenas, ya que sus promociones y demás beneficios de eso dependen.

Para el jurado, y para cualquiera, es más fácil defenderse de un conciudadano agresivo que defenderse de los agentes de un gobierno ilimitado. La capacidad de un ciudadano de castigar a un agente del gobierno que sobrepasa su autoridad es bastante restringida, pero, por medio de un jurado, por lo menos puede limitar su poder, evitando que castigue. No era el dilema de compasión por Simpson versus la justicia el que enfrentaba al jurado, era el del individuo versus la comunidad, y escogieron proteger al individuo, aunque fuera culpable de un acto anti-social, frente al gobierno que, al comportarse arbitrariamente, usó como pretexto la defensa de la comunidad.

En casos civiles, a menudo se da el dilema de justicia versus compasión. En el caso civil de Simpson, el jurado escogió la justicia, y le obligaron a pagar

más de 25 millones de dolares. La justicia versus la compasión, o la equidad, ¿quién debe decidir? ¿el juez o un jurado? ¿los criterios de quién deberían de prevalecer, los cálculos racionales de beneficios desde el punto de vista del gobierno, o de la comunidad representada por el jurado? Nuevamente, yo optaría por el jurado, ya que la opción de aplicar la ley con toda su severidad o suavizarla debería de estar en manos de aquellos que tienen que sufrir las consecuencias de esa decisión.

El Individuo versus la Comunidad

En casos civiles también puede decidirse el equilibrio entre los poderes del gobierno y los derechos del individuo. Cuando agentes del gobierno sobrepasan sus límites y causan daños y perjuicios a algún ciudadano durante el ejercicio de sus poderes oficiales, en la tradición anglo-sajona, el ciudadano tiene derecho a demandar a esos agentes. ¿Quién debe decidir si en realidad sobrepasó los límites? Adam Smith planteó la misma pregunta:

...leyes han regulado y las cortes imparcialmente examinado y asentado precedentes respecto a ambos el deber del súbdito para con el súbdito y del súbdito para con el soberano. Leyes y las formas de proceder de los jueces los aseguran; pero no hay corte que puede juzgar a los soberanos mismos, ninguna autoridad soberana al soberano, y que haya examinado y asegurado hasta donde las acciones del soberano hacia el súbdito o de un soberano hacia otro son justificables y hasta donde su poder se extiende.... Toda contienda de este tipo se ha decidido por la fuerza y la violencia. Si el soberano le ganaba a los súbditos, entonces se les condenaba como traidores o rebeldes; y si el súbdito ganaba se le declaraba un tirano y opresor que no había que aguantar.^{xvii}

Si dejamos en manos del gobierno la decisión de cuando ha sobrepasado sus límites, en derecho penales, civiles o administrativo, no es difícil predecir como va a fallar. Nuevamente Smith declara:

No cabe duda que el poder del rey puede resistirse; pero la cuestión es, cuando es legal o permisible resistir el poder del rey y el Parlamento. Jamás se les ocurriría hacer cualquier ley que nos diría que, cuando se fueran más allá de tales y tales límites, el pueblo no está obligado a obedecer sino podríamos resistir. Que hicieran esto no se puede imaginar.^{xviii}

La respuesta a ¿quién decide? y ¿cuándo se puede resistir? la da

Lysander Spooner:

El derecho de revolución, que tiranos, como burla, le conceden a la humanidad, no es un derecho *legal*, *bajo* un gobierno; es únicamente un derecho *natural* de expulsar a un gobierno. El gobierno mismo nunca reconoce este derecho. Y el derecho se establece prácticamente sólo cuando y porque el gobierno ya no existe para cuestionarlo. El derecho, entonces, puede ejercitarse impunemente, únicamente cuando se ejercita triunfalmente. Todo intento fallido de revolución, tan justificable como sea en sí misma, se castiga como traición, si se le permite al gobierno juzgar la traición. El gobierno jamás admite la injusticia de sus leyes, como defensa legal para los que han intentado una revolución y fallado. El derecho de revolución, entonces, no es un derecho de valor práctico, excepto para aquellos que son más fuertes que el gobierno. Siempre que, entonces, las opresiones del gobierno se mantienen dentro de tales límites que simplemente no exasperan contra él un poder más fuerte que el suyo, no se puede apelar al derecho de revolución, y es, entonces, inaplicable al caso. Esto le da un gran campo a la tiranía; y si un jurado no puede intervenir *aquí*, los oprimidos están totalmente indefensos.

Es evidente que la única seguridad contra la tiranía del gobierno yace en la resistencia vigorosa a la ejecución de la injusticia; pues la injusticia será ejecutada con seguridad, al menos que sea resistida a la fuerza. Y si se permite que se ejecute, tiene que aguantarse; pues el gobierno nunca indemnifica por sus errores.

Ya que, entonces, la resistencia vigorosa a la injusticia del gobierno es el único medio posible de preservar la libertad, es indispensable para toda libertad *legal* que esta *resistencia* sea *legalizada*. Es perfectamente evidente que donde no hay un derecho *legal* de resistir la opresión del gobierno, no puede haber libertad *legal*. Y aquí es vital notar, que, prácticamente hablando, no puede haber un derecho *legal* de resistir las opresiones del gobierno, al menos que haya un tribunal *legal*,

que no sea el gobierno, y completamente independiente de, y superior a, el gobierno, para juzgar entre el gobierno y aquellos que resisten sus opresiones; en otras palabras, para juzgar cuales leyes del gobierno se han de obedecer, y cuales pueden resistirse e ignorarse. El único tribunal conocido por nuestras leyes, para este propósito, es el jurado. Si un jurado no tiene el derecho de juzgar entre el gobierno y aquellos que desobedecen sus leyes, y resisten sus opresiones, el gobierno es absoluto, y el pueblo, *legalmente hablando*, está esclavizado.

... Aquellos quienes niegan el derecho del jurado a proteger a un individuo al resistir una ley injusta del gobierno, le niegan absolutamente toda defensa *legal* contra la opresión.^{xix}

La Desobediencia Civil

Lo que Spooner propuso en tiempos de la esclavitud *legal*, fue la desobediencia civil *legalizada*, por medio del jurado. Mucho se ha dicho acerca de la desobediencia civil:

El concepto de desobediencia civil – propuesto en 1849 por Henry David Thoreau [qué casualidad, en la misma época, el mismo país], refinado por Mohandas K. Gandhi en la India en los años 20's y empleado muy eficazmente por el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos en los años 60's – exige que las leyes injustas sean desobedecidas. Este concepto se ha establecido tan firmemente que ya es en sí una ley: El acatamiento de órdenes que exigían el asesinato de judíos en la Alemania Nazi condujo a la aceptación, en los juicios de Nuremberg, del principio de que desobedecer leyes inmorales es una obligación moral y legal.

Este principio se conocía hace más de dos mil años, en Grecia, cuando Sofocles escribió la *Antigone*. Antigone desafió un decreto de Creón, el rey de Tebas, quien prohibió que el hermano de ésta fuera enterrado después de morir. Creón tuvo buenas razones para hacerlo, pero Antigone se rehusó a obedecerle. Al ser interrogada por el rey, Antigone respondió que sí, había trasgredido la ley:

...pues no fue Zeus el que me publicó ese decreto...no creí que vuestros decretos fueran de tal fuerza, que un mortal pudiese pasar por encima de los estatutos no escritos e infalibles del cielo. Pues su vida no

es de hoy o ayer, pero para todos los tiempos, y ningún hombre sabe cuando primero se promulgaron.

No por miedo al orgullo humano podría contestarle a los dioses por violar éstas. Morir debo,—eso lo sabía muy bien (¿cómo podría no saberlo?)—aun sin vuestros edictos. Pero si he de morir antes de mi tiempo, lo considero una ganancia: pues cuando uno vive, como lo hago yo, rodeado de maldades, ¿puede uno encontrar otra cosa que no sea ganancia en la muerte?

Esta escena demuestra una estipulación que conlleva la desobediencia civil, que “aquellos que por razones morales optan por desobedecer la ley lo deben hacer conscientemente y deben estar dispuestos a sufrir cualquier penalidad que resulte de su acto de desobediencia.”

No obstante, estar dispuesto a sufrir esas consecuencias es mucho más fácil cuando el tribunal que decide si se castiga al violador de la ley es un jurado compuesto de ciudadanos *libres de castigo* por no aplicar la ley, como en Estados Unidos, que cuando el que lo ha de juzgar a uno es un tribunal nazi, los tribunales del partido comunista en la ex-Unión Soviética, en Cuba, los gobiernos militares de Centroamérica y América del Sur, los de fuero especial en tiempos de Ríos Montt en Guatemala, o hace dos mil años, un dictador griego. (Martin Luther King estaba muy consciente de este poder del jurado en Estados Unidos, y como sus enemigos no pudieron someterlo por la ley, tuvieron que asesinarlo. Pero lo único que lograron fue crear una leyenda, un mártir.)

Todos estos tribunales eran legales, constituidos por autoridades reconocidas, la ley aplicada en la mayoría de ellas fue votada por mayorías legislativas y los integrantes de los tribunales castigaron lo que ellos consideraban crímenes. ¿Qué, entonces, de leyes injustas, de “crímenes”? ¿Quién debe decidir qué es una ley injusta o un crimen? ¿Puede darsele al

juez, moralmente o legalmente, el derecho de proteger a aquellos que desobedecen no sólo esas leyes sino cualquier ley, sabiendo que las probabilidades de que él haga justicia son más bajas que con un jurado?

¿Tienen por fuerza, los que obedecen el principio de desobediencia civil, que ser juzgados ante jueces, y, en algunos casos, parar frente al paredón, o enterrados en una cueva a morir lentamente de hambre como se le condenó a Antigone?

El Poder de la Mayoría

En el paradigma de comunidad versus individuo existe un peligro, y es considerar a la mayoría en un grupo como la comunidad. Spooner lo describe de esta forma:

El [ser] humano se encuentra acompañado unos con otros en el camino o la selva de la vida, y se proclama que la parte más numerosa, por el hecho de sus números superiores, tienen el derecho de arbitrariamente despojarle a la minoría de su vida, libertad y propiedad; y que la minoría están obligados, por razón de sus números inferiores, a practicar la humillante sumisión, y consienten a gozar de sus derechos naturales, – algunos, todos, o ningunos, como sea el caso – según la voluntad y placer de la mayoría; como que todos los derechos naturales desaparecieran, o fueran suspendidos por la operación de una ley suprema, en el momento que entraran en presencia de números superiores.^{xx}

Como reza un dicho, mil males no hacen un bien. La mayoría puede formar un sistema igual que cualquier otro grupo, dentro de cual sistema no desaparece la tendencia a maximizar beneficios y minimizar costos. No importa que los que quedan fuera del sistema sean una minoría, la mayoría con poder absoluto no se va a portar de una forma más ética con ellos que lo haría un rey o una oligarquía con el poder absoluto, al verse frente a beneficios inmediatos, la

tendencia será a explotarla. Pero la mayoría sí es más peligrosa, –tiene, por su número, más fuerza y esa fuerza, sin control alguno, puede ser devastadora.

¿Cómo limitar la voluntad popular, de la mayoría, sin poner otra voluntad sobre ésta? En el jurado, la forma en que se evita la tiranía de la mayoría, o la maximización de beneficios por parte de ésta a costa de la minoría, es por la regla de la unanimidad. Toda condena o absolución requiere el fallo unánime de todos los miembros del jurado. De esta forma, un jurador actuando solo puede evitar que se castigue a un acusado de violar una ley discriminatoria. Cuando un jurado no puede llegar a la unanimidad porque uno o varios juradores se niegan a fallar con la mayoría, el jurado se paraliza,³ y el juez normalmente pide un juicio nuevo. Si una vez más el jurado queda paralizado, el acusado queda libre. Este fue el caso, anteriormente citado, de muchos de los abolicionistas que ayudaron a escapar esclavos fugitivos.

Lo que logra la regla de la unanimidad en el caso del jurado es impedir que se le impongan costos a un individuo, o a una serie minoritaria de individuos, sin el consentimiento unánime de todos los miembros del jurado, quienes representan a la comunidad. De esta forma únicamente se mantienen aquellas leyes que todos, o sustancialmente todos, aceptan como reglas válidas de comportamiento social. Así, las leyes no tienen más remedio que ser generales, imparciales y abstractas.

Al impedir el poder absoluto de la mayoría la objeción puede ser la siguiente:

³ *Hung jury*

...si la minoría puede derrotar la voluntad de la mayoría, entonces la minoría domina a la mayoría. Pero esto no es verdad en algún sentido injusto. La minoría no decreta ninguna ley propia. Simplemente se niega a aceptar las leyes de la mayoría que ellos no aprueban. La minoría no asume alguna autoridad sobre la mayoría; simplemente se defiende. No interfieren con el derecho de la mayoría de buscar la felicidad en su propia manera, mientras ellos (la mayoría) no interfieran con la minoría. Exigen simplemente no ser oprimidos, y a no ser obligados a ayudar a hacer algo de lo cual no aprueban. Le dicen a la mayoría, “nos uniremos con Ustedes, si lo desean, para lograr todos aquellos propósitos, en los que tenemos un interes común...” En este caso, la minoría no asume ninguna autoridad sobre la mayoría; simplemente se niega a ceder sus libertades a manos de la mayoría. Proponen una unión; pero rechazan la sumisión.^{xxi}

Por medio de la regla de unanimidad en el jurado las minorías escasamente representadas en el gobierno tienen el poder de defenderse de la explotación de la mayoría. Apoyarán toda ley que sea de beneficio común, ya que para ellos es más necesaria la protección del gobierno, no teniendo la fuerza que da los números, pero podrán también efectivamente bloquear toda ley que les imponga costos discriminatorios.

El Crímen y La Ley

Teóricamente, en los sistemas legales de todo el mundo la legislación es justa sólo por el hecho que fue promulgada por “la autoridad,” sea ésta una mayoría electa democráticamente, un monarca, o porque es la costumbre. En las cortes judiciales el mecanismo que se utiliza para determinar si se castiga a un acusado suele ser una especie de silogismo legal, una suma, donde para fallar, como primera premisa el juez determina cual es la ley y la correspondiente pena, como segunda premisa determina si un acusado violó o no esa ley. Si la evidencia demuestra que un acusado violó la ley, la conclusión necesaria, según

las prácticas del derecho moderno en latinoamérica, es que el acusado sea declarado culpable de haber violado la ley con la consiguiente obligación por parte del ejecutivo de hacerle cumplir la pena.

En algunos lugares, se da por supuesto que el juez decide si la ley, primero, es constitucional; segundo, si es apropiada su aplicación. En la mayoría de casos se supone, especialmente en la tradición latinoamericana, que el juez no tiene poder de revisar la ley, y que la ley tiene a toda costa que aplicarse. Se da por supuesto que la ley es justa, y que aunque no lo sea, es deber del legislativo debatir su justicia, y que el acusado de violar tal ley, si se descubre que la violó, está obligado a sufrir el castigo, sea justo o no, sea desobediencia civil o no. El individuo es sacrificable ante la comunidad y es el gobierno el que decide si ese sacrificio es necesario o no. El crimen lo decide el gobierno.

Anteriormente, en la sociología también se definía el crimen como cualquier cosa que fuera ilegal, lo que permitía que funcionarios y políticos dictaran los parámetros de un concepto dentro de las ciencias sociales.^{xxii} No sólo eso, le permitía al legislador definir lo bueno y lo malo, lo moral. La definición de crimen más contemporánea que da Rodney Stark en su libro de texto de sociología: “acciones de fuerza o fraude emprendidos para satisfacer el interés propio,” es bastante amplio y claro, pero, no es totalmente satisfactorio, porque aunque éste no dependa de la política para su definición, descansa en un juicio de valor sobre lo que es *interés propio* e interés común.

Todo interés común, o en términos anteriormente usados, todo beneficio común descansa en intereses propios a largo plazo. Al ser humano le conviene, en lo individual, estar en sociedad, a largo plazo. Toda acción coercitiva del gobierno, la aplicación de la ley, es el uso de la fuerza emprendida para satisfacer el interés de, u otorgar beneficios a, algunos o todos los miembros de la comunidad. Si usáramos esta definición de crimen de esa manera, todo uso de la fuerza por el gobierno sería un crimen.

El uso de la fuerza para mantener reglas justas que mantienen fuerte a la comunidad es de beneficio propio, a la larga. Pero, ¿dónde se marca la línea entre el interés propio y el interés común? ¿Cómo distinguirlos? Más importante ¿quién decide? Los crímenes cometidos en nombre del bien común son innumerables. Ningún gobierno comete un crimen por medio de la ley sin justificarse primero, declarando que es para el bien común.

Creo que una definición satisfactoria para todos de crimen es imposible. La definición de Stark es probablemente lo más cerca que se puede, pues la saca del ámbito errático de la política. Pero hay que enfatizar siempre el hecho que el término *interés propio* es un término vago cuyos límites son difíciles de discernir y descansan en juicios de valor. Hay acciones que obviamente son emprendidas para maximizar beneficios propios por medio de la fuerza o el fraude, a costa de otros seres humanos. Pero hay una area gris donde la decisión de si es o no depende de la perspectiva del que decide. Cuando se mata en defensa propia, el caso de los linchamientos, cuando se roba algo para

poder sobrevivir, son actos que podrían categorizarse como punibles dependiendo de la perspectiva que se toma.

La ley generalmente prohíbe lo que se considera malo o indeseable en una sociedad, y obliga a hacer lo que se considera bueno. Lo bueno o malo dependen de juicios de valor, no son algo que la ciencia puede definir o delimitar. Una ley no es de tal naturaleza que se pueda encontrar empíricamente por medio de evidencia si es verdad o no, sólo puede determinarse si es válida o no en relación a ciertas premisas. La validez o invalidez de una ley depende de su capacidad de impedir acciones indeseables o castigar acciones injustas, o, dirían algunos, de promover acciones justas. Se necesita un razonamiento previo, entonces, para determinar la validez de una ley. Primero, determinando si es deseable o no, claramente juicios de valor, y, segundo, determinando si la ley propuesta en realidad promueve lo deseable o evita lo indeseable. Esta segunda parte es algo que la ciencia sí puede ayudar a verificar.

A veces, los medios utilizados para conseguir algo deseable, o evitar algo indeseable, imponen costos, en algunos casos, demasiado altos. Si el fin justifica los medios vuelve a situar la decisión en lo metafísico, en la filosofía, donde residen los juicios de valor. También el hecho que hay un sin-fin de cosas buenas y malas nos obliga a decidir prioridades. ¿Qué es lo mejor? ¿Qué es lo peor? ¿Cuáles son nuestros fines últimos? ¿Cuáles son simplemente instrumentales? Raramente la jerarquía de valores se mantiene fija. Hay veces que la libertad es más importante que la vida, que el amor es más importante

que la justicia... La vida no es blanco y negro; no es una pesa con dos balanzas. La vida o un sistema social es una miríada de elementos que tienen que mantenerse en equilibrio; elementos que nunca se mantienen en cantidad fija sino que varían según las circunstancias y las cantidades de los otros elementos.

Se supone que estos razonamientos se han dado previamente en el legislativo. Pero, es un hecho que no se puede negar, la legislación hecha por una cámara legislativa, y hasta la misma Constitución, se hace en base a intereses, particulares, sectoriales, partidistas, o mayoritarios, no sobre el interés general, tampoco sobre consideraciones abstractas de justicia a la hora de su aplicación. No se toma en cuenta lo deseable por el individuo en sus circunstancias, lo deseable por toda la sociedad, una maximización de beneficios global, sólo lo deseable desde el punto de vista de los legisladores. Se toman en cuenta únicamente los juicios de valor de estos últimos y los de quienes le ayudan a maximizar sus propios beneficios. Si los legisladores pueden legislar lo que quieran, y sólo el ejecutivo y los jueces pueden impedirlo, estos se convierten en potenciales aliados. Pueden unir fuerzas para maximizar beneficios a costa del resto del pueblo.

Cuando esto pasa, la ley, como dice Frederic Bastiat se convierte en una herramienta que destruye su objetivo. El objetivo de la ley: la defensa colectiva de todo aquello que el ser humano tiene derecho a defender en lo individual, su vida, libertad, el fruto de su trabajo y su territorio, todos sus medios de supervivencia. La ley, en manos de un gobierno ilimitado, se utiliza

...para aniquilar la justicia que tenía que mantener; a limitar y destruir los derechos cuyo propósito era respetar. La ley ha puesto la fuerza colectiva a disposición de los inescrupulosos quienes desean, sin arriesgarse, explotar la persona, libertad y propiedad de otros. Ha convertido el saqueo en derecho, con el propósito de proteger el saqueo. Y ha transformado la defensa propia en un crimen, con el propósito de castigar la defensa legal.

La ley, sin un límite concreto, puede usarse para maximizar los beneficios de algunos a costa de otros.

La Constitución y la Ley

Sin una institución verdaderamente imparcial no hay nada que impida esta perversión de la ley. Puede decirse que la Constitución los limita, pero eso es una ilusión. La Constitución no es más que palabras escritas sobre papel, por mucho que expresen los verdaderos deseos de un pueblo. Gobiernos por todos lados han obtenido por medios constitucionales poderes que los autores de las constituciones tenían la intención de negarles.^{xxiii} El gobierno más limitado, con la Constitución escrita más antigua, lo demuestra.

Sólo hay que considerar como el derecho, supuestamente exclusivo, del Congreso estadounidense a declarar la guerra ha sido usurpado por el ejecutivo por medio del uso de sinónimos declarando que las guerras que siguieron la Segunda Guerra Mundial no fueron tales sino conflictos, contiendas, choques, hostilidades, en fin, cualquier cosa que no sea la guerra, o declarando que había un peligro inminente cuando en realidad no había tal peligro, otra estipulación que no existe en los poderes del ejecutivo. Guatemala, para bien o para mal, fue uno de los primeros conejillos de indias cuando, en 1954, el ejecutivo

estadounidense intentó intervenir militarmente en su territorio. Más tarde siguieron Korea, Vietnam, Irán, Yugoslavia, etc. Esto ha permitido que el ejecutivo de los Estados Unidos imponga su voluntad sobre el resto del mundo sin que nadie pueda hacer algo al respecto sin quedar expuestos a ser aniquilados por el ejército más poderoso del mundo.

Desafortunadamente el jurado no puede proteger al resto del mundo de un país con poder absoluto, que está limitado únicamente por la fuerza y potencial destructivo de otros países armados con bombas nucleares. Es verdaderamente triste pensar que esos son sus únicos límites, y que sobrepasarlos significaría la muerte de millones de personas, si no la destrucción del planeta entero.

Por otra parte, las garantías constitucionales a un juicio por jurado han sido socavadas por la misma tendencia maximizadora en los acusados. En la mayoría de casos, (menos del 10% llegan al jurado) las sentencias se negocian anteriormente entre abogados, jueces y fiscales, sin que los acusados se den cuenta que su más grande salvaguardia, aunque hayan violado una ley, es el jurado. Prometiéndoles penas menores, fijadas por el legislativo e impuestas por los jueces, el gobierno hace a un lado un juicio que talvez podría terminar en una absolución, especialmente en casos de drogas. Al no dejar que la mayoría de casos vayan a juicio, dejan operantes leyes que le permiten al gobierno crecer y aumentar sus poderes, a costa de la libertad del pueblo. Con el jurado incapaz de reducir una pena si encuentra al acusado culpable, el juez impone la

pena más severa que se puede aplicar, motivando al acusado a negociar antes del juicio.

El caso de *U.S. v. the Arizona Sanctuary Workers* (1985) demuestra como los jueces, a toda costa, defienden leyes con las que la comunidad no está de acuerdo. Este caso, que llora sangre, fue el juicio de once religiosos acusados de violar las leyes federales de inmigración al conducir Salvadoreños y Guatemaltecos a los Estados Unidos en los años de peor violencia en Centroamérica. La evidencia en contra de los trabajadores religiosos se obtuvo por medio de intervenciones telefónicas e informantes que infiltraron las iglesias.

El juez, Earl Carroll, nombrado por el ex presidente Jimmy Carter, vetó la moción de parte de la defensa –que los acusados ayudaron a los ilegales porque creían que eran refugiados y no pensaron que estaban violando alguna ley– citando el Acto de Refugiados de 1980, y la ley internacional, que no requiere que refugiados se comuniquen con el Servicio de Naturalización e Inmigración. El juez no permitió que el jurado tomara esto en consideración. Tampoco permitió que el jurado escuchara evidencias acerca de la violenta situación en Centroamérica, incluso el testimonio de Alejandro Rodriguez, uno de los refugiados amparados por la iglesia, quien fue secuestrado y torturado por el ejército de El Salvador. Para que no escucharan evidencia que no consideraba admisible, Carroll mandó al jurado fuera de la sala una y otra vez.

Los juradores, por su parte, confundidos desde el principio, sintieron un fuerte deseo de absolver a los acusados. No entendían por qué el juez no permitía la discusión del Acto de Refugiados, comprendiendo que éste entraba

en conflicto con las leyes de inmigración. “Habían tantas cosas que no nos dejaban saber, pensé que teníamos que escuchar toda la historia.” Declaró Ethel Smathers, una de los juradores. Los abogados de la defensa querían trazar un bosquejo de la evidencia no permitida por el juez, “queríamos que se dieran cuenta que sólo se les estaba contando la mitad de la historia.”

El jurado, antes de retirarse a deliberar, escuchó a la defensa intentar hacerle saber al jurado de su poder nulificador, pero el fiscal protestó y se mandó al jurado para fuera. Carroll había advertido a los abogados de la defensa que no toleraría que argumentaran a favor del derecho. “Es casi una broma en el derecho,” dijo un ex fiscal. “Se supone que pueden hacerlo, pero uno no puede decirles que pueden.”

Donald Reno, Jr., el fiscal del caso, en los argumentos de cierre, enfatizó la obligación del jurado a seguir la ley – no a obedecer factores morales, religiosos, o humanitarios. “El consenso final de lo que es la ley viene del Congreso...tengan el valor y salgan, miren a esta gente a los ojos como lo he hecho yo, y diganles que no hay ley más elevada que la ley aprobada por el Congreso.”

A pesar de que pudieron formarse una idea de las condiciones de la zona de guerra, los juradores no se ponían de acuerdo si debían de tomarlo en cuenta. Desde un principio, las lealtades de Catherine Sheaffer, cristiana evangélica y, en su juventud, estudiante de derecho, estaban “con la letra de la ley,” y, por su experiencia en la escuela de derecho, fue electa presidente⁴ del jurado. Ella literalmente vetó la consideración de las condiciones que obligaron

⁴ *foreman* presidente en funciones.

a los refugiados a huir de sus países. Cada mañana de las deliberaciones le recordaba al jurado que no ignoraran evidencia “en base a consideraciones emocionales.”

Durante varios días algunos de los juradores se sintieron atormentados, pero al fin cedieron ante la presión de Scheaffer. Art Mathieson declaró: “Me dí cuenta que teníamos que dejar de agonizar por esta gente y continuar con nuestro trabajo.” Poco a poco los juradores lograron dejar a un lado su conciencia hasta que sólo quedó Anna Browning, una ama de casa y estudiante. Anna no tenía argumentos razonados para convencer al jurado, lo único que pudo decir fue: “Esta es gente buena, y no se puede hallar a gente buena culpable.” A pesar de que amenazó con paralizar al jurado, Anna al fin cedió ante los argumentos de los demás.

Después de que Catherine Scheaffer madrugara para leer su biblia y se preparara para las deliberaciones, el jurado declaró culpables a seis de los religiosos. Anna Browning regresó a casa con su mamá; cuando reporteros la llamaron estaba vomitando. Durante cinco noches la pasó llorando. Su madre culpa al juicio por sus migrañas recurrentes y náusea. Después, cuando Anna se enteró que no le podían hacer nada por votar de acuerdo a su conciencia comentó que si hubiera sabido eso todavía estarían en la sala de deliberaciones. Otros cuatro juradores declararon que si hubieran sabido que podían ignorar las instrucciones del juez sobre la ley, hubieran absuelto a todos.^{xxiv}

Algún día, tal vez, las leyes de inmigración nos parecerán tan arcaicas e infames como ahora nos parece el Acto de Fugitivos de 1850. Mientras tanto, la

defensa constitucional del jurado en Estados Unidos, igual que en Inglaterra, ya no es una salvaguardia sino una herramienta en manos del gobierno, que desvía el descontento del ciudadano con el gobierno hacia su única protección. Si las tácticas utilizadas por los jueces estadounidenses modernos hubieran sido usadas por los jueces en los casos *Penn & Mead* y *Zenger*, por citar sólo los ejemplos más famosos, la libertad de religión y de la prensa no hubieran tenido un precedente legal.

Una Constitución, entonces, no es garantía alguna, como tampoco lo es un jurado ignorante de su deber y poder de limitar al gobierno. Por eso Spooner insiste en que “el derecho a juzgar cual es la ley [a aplicar en un caso], si la ley es Justa, que evidencia es admisible, que peso le pertenece a la evidencia, si la intención de una acción fue criminal, y el derecho también de limitar la sentencia, libre de dictado alguno” estén dentro de la jurisdicción explícita del jurado. Y, después de conocer el anterior caso, resultan las palabras de Spooner que justifican los deberes del jurado tanto más lógicas:

Es absurdo decir que no tienen responsabilidad moral por el uso que pueda hacerse de su veredicto por el gobierno, cuando pueden suponer que será usado para propósitos de injusticia. Es, por ejemplo, manifiestamente absurdo decir que juradores no tienen responsabilidad moral por la aplicación de una ley injusta, cuando consienten o hallan un veredicto de culpable por su transgresión; cual veredicto saben, o tienen buenas razones para creer, sera utilizado por el gobierno para imponer una pena. Es absurdo, también, decir que juradores no tienen responsabilidad moral por el castigo impuesto sobre un hombre contra la ley, cuando, por dirección del juez sobre lo que la ley es, han consentido hallar un veredicto contra sus propias opiniones sobre la ley. Es absurdo, también, decir que juradores no tienen responsabilidad moral por la condena y castigo de un hombre inocente, cuando consienten en dar un veredicto en su contra en base a evidencia, o leyes de evidencia, dictadas por la corte, si cualquier nueva evidencia o leyes de evidencia han sido excluidas, que ellos (los juradores) creen que deberían ser admitidas en

su defensa. Es absurdo decir que juradores no tienen responsabilidad moral por hallar un veredicto de “culpable” contra un hombre, por un acto que no sabía era un crimen, y la ejecución de cual, por lo tanto, no podría tener intención criminal, en obediencia a las instrucciones de la corte que “la ignorancia de la ley (o sea, del crimen) no absuelve a nadie.” Es absurdo, también, decir que juradores no tienen responsabilidad moral por cualquier pena cruel e inusual que podría serle impuesto aun sobre un hombre culpable cuando consienten hallar un veredicto que podrían creer será usado por el gobierno como justificación de la imposición de tal sentencia.

Recordando el mandato de Nuremberg que es un deber desobedecer leyes injustas, es, de hecho, absurdo. Los religiosos, para empezar, pensaron que sus acciones estaban amparadas en la ley. Segundo, aunque concientemente la hayan desobedecido estaban obedeciendo una ley más elevada que la legislación, obedecían sus conciencias. El jurado tendría que haber sido su protector. Gracias al juez, no lo fue. Imperó la legislación, pero no la justicia.

En Estados Unidos, Jefferson, Adams y Parsons reconocieron que el jurado era la salvaguardia del ciudadano en contra del gobierno. La Constitución por sí sola no es suficiente defensa, el jurado es el ancla que mantiene al gobierno atado a sus principios. La docena de constituciones que ha tenido Guatemala, más la presente, que no se respeta ni por el ejecutivo, el legislativo o el judicial debería de ser materia suficiente para reflejar sobre la verdad de esta afirmación. Los ciudadanos guatemaltecos tienen el derecho de elegir a su dictador y oligarquía cada cinco años, pero no tienen ni el derecho ni el poder de defenderse ante el poder absoluto que detentan durante esos cinco años. Y nos preguntamos ¿por qué estamos subdesarrollados? ¿Por qué en Guatemala no existe la libertad?

El Jurado y la Ley

La legislación es lo que le conviene a aquellos que son los responsables de su existencia. Si queremos que sea general, la responsabilidad por su existencia tendrá que generalizarse por medio de la participación democrática en su aplicación. Si queremos que sea imparcial y abstracta, tenemos que asegurar que los tribunales sean realmente imparciales.

En la tradición anglosajona, la ley no es lo que dice *un* jurado. La ley, igual que los precios de un objeto en el mercado,

“...‘depende de muchas circunstancias que la alteran, como los sentimientos de los hombres, su estimación de los diferentes usos...’ Efectivamente, nuestros antepasados ‘actuaron bajo una fuerte impresión de la ignorancia y falibilidad de la humanidad’, y, por ejemplo, argumentaron que el ‘precio matemático’ preciso en donde un artículo debía venderse justamente sólo lo sabía Dios, porque dependía de más circunstancias de lo que cualquier hombre podría saber, y que entonces la determinación del ‘precio justo’ tenía que dejarse al mercado.”^{XXV}

Igualmente, la ley es lo que la comunidad por medio de una serie de jurados, después de observar su aplicación en muchos casos particulares, decide que es.

Un legislador puede proponer una ley, puede que tenga el talento para percibir las tendencias normativas en una comunidad, igual que un comerciante le pone un precio a su producto, tratando de adivinar cual es el precio del mercado. Pero al final tienen que ser los usuarios, el pueblo, el que decide si le sirve o no esa ley. Idealmente los legisladores conocerán los principios del derecho, la jurisprudencia, pero como cualquier científico su hipótesis tiene que estar expuesta a ser refutada. Al proponer leyes el legislador, teóricamente, hace sólo leyes que benefician al pueblo, para eso lo eligieron, pero en realidad,

toda ley es un experimento. Se usan ciertos medios para obtener fines específicos, conseguir una serie de beneficios comunes. Cuando se viola una ley y se enjuicia a un acusado se hacen evidentes circunstancias y elementos que no están a disposición del legislador. Se hace evidente si la ley hace posibles los beneficios comunes pretendidos, o si, al contrario, se están imponiendo costos a un individuo para beneficiar a algunos sin el consentimiento de todos. El juicio es la prueba de una ley. De una forma tan democrática, o más, como la elección de diputados al Congreso, una serie de juicios por jurado refutan o le dan validez a la ley. Así la ley termina siendo “el resultado de la acción humana pero no de designio humano.”

Aquí podría señalarse que este medio de decidir la ley elimina la certeza que es necesaria en el sistema legal. Para empezar, la certeza no existe ni en la física. Lo único que existen son probabilidades. Cuando un ser humano normal emprende un acto, especialmente a escondidas, conoce bastante bien las probabilidades de que su acto sea considerado censurable por su comunidad. Si nueve de cada diez casos de secuestro decididos por juicios por jurado terminan en la aplicación de la pena de muerte, o sólo cinco de diez, el secuestrador tendrá que decidir si vale la pena o no intentarlo. En Guatemala ocurre, por lo menos, un secuestro al día. En los últimos dos años, uno ha sido castigado con la pena de muerte. Un chance en 700 que el secuestrador muera, versus altas probabilidades que la familia del secuestrado pague una suma lo suficientemente alta para tomar el riesgo. En Estados Unidos la pena por el secuestro es la muerte. Los casos que ha habido se han juzgado ante un

jurado. No se conocen muchos casos de secuestro ahí. ¿Porqué será? Por probabilidades bastante altas de morir por hacerlo. La decisión de la mejor opción entre un sistema judicial basado en jueces o uno basado en el jurado descansa en probabilidades. ¿Dónde hay mejores probabilidades de haber justicia generalizada, en un país con el jurado o sin él?

Los dos sistemas legales más célebres, el derecho romano y el *common law* anglo-sajón tenían algo en común, el jurado. En un estudio de los famosos *Comentarios sobre el Derecho Inglés* de William Blackstone, Daniel J. Boorstin cita su observación en cuanto a que los *selecti iudices* romanos tienen, en muchos aspectos, una notable semejanza al jurado inglés. ¿Coincidencia que las grandes civilizaciones de Occidente hayan tenido el jurado en común? Quizás. Se ha aportado suficiente evidencia para demostrar que no lo es y para iniciar investigaciones más serias y más profundas sobre el caso.

La afirmación, entonces, que “el poder y deber correspondiente de la corte de autoritariamente declarar el derecho es una de las más grandes salvaguardias del ciudadano” queda refutada, por la historia y en teoría. Que el derecho nulificador en manos del jurado lleva a la destrucción del imperio de la ley puede refutarse en teoría al señalar que es una fuente con más probabilidades de apoyar leyes generales, abstractas e imparciales que el legislativo, y de hecho al demostrar que varios pueblos han dependido de esta característica, y fue su desuso o la falta de unanimidad que llevó al caos y a la anarquía. Aparte están los ejemplos de los estados de Maryland e Indiana en Estados Unidos que están perfectamente bien a pesar de que el derecho

nulificadorio está garantizado en sus respectivas constituciones estatales, refutando concretamente la afirmación.

Queda demostrado, también, que la legislación tenderá a servir los intereses de los miembros del legislativo, ejecutivo y judicial, poniendo en peligro las relaciones de beneficio mutuo globales de la comunidad. Puede concluirse que el imperio de la ley no es el imperio de la legislación. La verdadera ley es la que mantiene un equilibrio entre la libertad y el orden que se necesita en un sistema social para que todos puedan progresar. Tal equilibrio depende de las circunstancias del momento. Hay momentos en que se necesita más orden que libertad y vice-versa, y sólo miembros imparciales de la comunidad pueden decidir cuales son esos momentos.

El imperio de la ley es esa condición en donde se respeta libremente la ley por sustancialmente toda la comunidad. El imperio ilimitado de la legislación pone en peligro a la comunidad y eventualmente lleva a su desintegración. El jurado impide el imperio de la legislación interesada y permite la evolución de nuestro conocimiento de la verdadera ley y el imperio de ésta. Podemos afirmar que, como la verdadera ley es lo justo, para que impere necesita del consenso comunitario. Los jurados, con el poder y deber conciente de no permitir que se cometan injusticias por medio de la ley, son la mejor manera de asegurar que sólo aquellas leyes consideradas justas por sustancialmente todos los miembros de la comunidad tengan el respaldo de la fuerza.

Conclusión

Se ha afirmado que en Guatemala no puede haber jurado porque no hay ley consuetudinaria. Esto es un error. El que no se haya encontrado no quiere decir que no existe. Por una parte, está el derecho consuetudinario maya. Por el otro, hay un derecho consuetudinario común a todo el país, que aún no se ha descubierto. La aplicación de la ley vigente, utilizando al juicio por jurado como parte del debido proceso, pronto revelaría ese derecho. Las leyes repugnantes al sentido de equidad y justicia guatemaltecos pronto caerían en desuso, y los diputados del Congreso, si son inteligentes, después de un período, las derogarían.

Puede afirmarse que leyes como las que protegen la propiedad intelectual no serían aplicadas por el jurado, pero ello equivale a suponer que en el jurado habrá personas que se benefician directamente con su violación. Tendrían que excluirse a las personas que se benefician directamente del robo de la propiedad intelectual. Eso no quiere decir que tiene que eliminarse del jurado toda persona que esté en contra de esas leyes, porque eso anularía su propósito de juzgar la justicia de la ley, tal como se hace hoy en Estados Unidos. Siempre va a haber alguna persona que no esté de acuerdo con alguna ley porque no ve los beneficios a largo plazo. De eso se tratan las deliberaciones entre los miembros del jurado. Habrá personas que sí ven los beneficios a largo plazo, y, por medio de la discusión razonada, tolerante y democrática, por medio de la persuasión y no la violencia, sin que ninguno de los miembros pueda beneficiarse directamente del resultado, se puede convencer a los opositores de la ley. Claro que siempre habrá quienes no escuchan a la razón, pero la tendencia es a

ponerse de acuerdo con argumentos que le permiten a uno beneficiarse, aunque sea sólo a largo plazo.

La tarea de los abogados, como lo era a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, es ofrecer argumentos a favor y en contra de la ley y permitir que representantes verdaderamente imparciales decidan si les conviene como comunidad o no. Es posible que tengan que pasar una serie de juicios antes de que la gente se de cuenta de las consecuencias, favorables o no, de un fallo, pero cuando la gente quede convencida de los beneficios de una ley habrá ese respeto que sólo un pueblo que reconoce que sus beneficios descansan en ella puede tener.

En Guatemala hay una desconfianza generalizada hacia el sistema judicial, pero son pocos los que están dispuestos a tomar los riesgos implícitos en mejorarlo. Y pocos están concientes de los riesgos que la posición de un juez íntegro implica. A los jueces se les desprecia, pese a que casi cualquiera haría lo mismo en su situación. El juez también es humano y está en una posición demasiado vulnerable; él también quiere regresar esa noche a su casa y estar con sus hijos y poder ofrecerles un mejor futuro. Es mucho pedirle al juez que tome la responsabilidad de impartir justicia él solo. No es ni justo, ni práctico, ni posible.

La democracia exige que todos compartamos la responsabilidad, no solo al votar, pues nunca podremos estar seguros por quien estamos votando. La democracia también requiere aceptar las responsabilidades y riesgos de sentarse en un jurado, de tomar la justicia en nuestras manos de una manera

responsable, en vez de la forma violenta e insegura en que se hacen los linchamientos o de la forma cobarde en que se realizan los ajusticiamientos. No podemos dejar que tata gobierno se encargue de todo, porque no puede.

Tenemos que preguntarnos: ¿Por qué le damos este poder enorme a los funcionarios en el gobierno, poder del que tenderán a abusar porque no tienen límites? y ¿por qué desconfiamos del mismo pueblo, de donde salen nuestros diputados y presidentes, es decir, del poder de decidir por medio del jurado un solo caso donde no tienen nada que ganar más que el bienestar general? Pareciera que Bastiat tiene razón al decir que los políticos en el poder creen que, “el pueblo, quien, durante las elecciones, eran tan sabios, tan morales, y tan perfectos, ahora no tienen ninguna tendencia del todo, o si la tienen, son tendencias que llevan abajo hacia la degradación.”^{xxvi}

Tenemos que confiar en la capacidad racional de cada ser humano de hacer las decisiones necesarias para poder sobrevivir en el largo plazo, no sólo con el poder de votar, sino también con el poder de limitar al gobierno por medio del jurado. Hacer ese salto de fe no es fácil, pero, “una de las labores de la razón es decidir cuan lejos extender el control o cuanto debe depender de otras fuerzas que no puede controlar en su totalidad.”^{xxvii}

La institución del jurado es una de esas fuerzas. Hay suficiente evidencia para concluir que los jurados contribuyeron al éxito de los pueblos griegos, romanos, británicos y norteamericanos, porque preservaron la libertad al mismo tiempo que contribuyeron al orden necesario para prosperar. Por medio del jurado, el pueblo utiliza ese poder que Hayek describe como: “el poder

supremo... que determina nada directamente pero que controla todo poder positivo al tolerar únicamente ciertos ejercicios de ese poder.”^{xxviii}

Necesitamos creer que todos los humanos somos iguales en este aspecto: la capacidad de razonar. Necesitamos tener la seguridad propia para poder decir: “Estoy dispuesto a que me juzgue un indio, un ladino, un blanco, el campesino, el terrateniente, el trabajador, el empresario.” Siempre por unanimidad. Si no, seguiremos condenados a lo que la élite de la revolución “liberal” de 1871 nos heredó cuando rechazaron las sugerencias de Livingston de implementar el juicio por jurado, la opresión y constantes luchas por el poder de explotar a los demás.

Guatemala vive al borde de la anarquía violenta y seguirá viviendo o al borde de la anarquía o bajo algún regimen totalitario que promete controlar esa anarquía mientras no haya una forma de controlar la explotación entre ciudadanos o de parte del gobierno. Un sistema humano complejo, que nos permita a todos maximizar beneficios y minimizar costos mejor de lo que podríamos solos, puede obtenerse y preservarse únicamente cuando las reglas e instituciones en ella puedan limitar la propensión humana de maximizar sus beneficios a costa de otros, pero “órdenes muy complejas, abarcando más datos que cualquier cerebro puede determinar o manipular, pueden ser llevadas a cabo únicamente por medio de fuerzas que provocan la formación de órdenes espontáneos.”^{xxix} La democracia y el jurado son algunas de esas fuerzas que han permitido que avancemos a los órdenes complejos que hoy conocemos.

La comunidad, el pueblo, somos todos, y, en base a un juicio de valor, nadie tiene derecho a imponer a la fuerza, *su* propia visión de lo bueno, deseable o conveniente. Ni una iglesia por medio de la inquisición, ni los nazis por medio del exterminio de los judíos, ni los comunistas por medio de la dictadura del proletariado, ni los socialistas por medio del monopolio de la fuerza del estado. Tenemos únicamente el derecho de defendernos y de cooperar, *si así lo deseamos*. No se puede sacrificar el bienestar de una sola persona para salvar a los demás, mucho menos para hacer sus vidas más cómodas, sin su consentimiento explícito. Si un ser humano decide sacrificarse por el bien de alguien más, es su opción hacerlo, pero no es su obligación. Si hemos de gozar de los beneficios de la vida en sociedad, algunas limitaciones a nuestros deseos tenemos que tener, pero no tienen por qué ser más de los absolutamente necesarios para hacer que la cosa pública funcione y ahí la decisión de los miembros de la sociedad debe de ser unánime.

El instinto del ser humano por sobrevivir no es algo que puede eliminarse. Tampoco es algo que, por medio de la reingeniería genética queremos eliminar, pues esto significaría el fin de la especie humana. Su lugar la ocuparía otra especie con las mismas propensiones hacia la supervivencia con las que estamos dotados. Lo único que podemos hacer es reconocer esa propensión y reencauzarla racionalmente hacia un sistema que pueda mantener un equilibrio, no sólo entre las necesidades y deseos de todos los seres humanos, sino un equilibrio con toda la naturaleza que comparte nuestro planeta. Un sistema, una

fuerza, que utiliza nuestra común capacidad de maximizar beneficios a *largo plazo*.

El jurado no puede resolver todos los problemas que tiene Guatemala. Lo único que puede hacer es evitar que el gobierno aplique la fuerza legal para propósitos particulares. Eso es bastante, pero, por supuesto, no suficiente. El gobierno tiene que poder evitar que se utilice la violencia entre ciudadanos cuando no es para defenderse, y, al mismo tiempo, evitar que algunos maximizen sus beneficios imponiéndoles costos involuntarios a otros. Para hacer esto, necesitamos gente en la administración de justicia que no esté en la parte inferior de la jerarquía de necesidades de Maslow, es decir, gente más interesada en el dinero que en el bien común. Necesitamos gente que no tenga que preocuparse por la salud de su familia, de su educación, y de las demás necesidades básicas. Empezando por la policía, pasando por aquellos que investigan y aportan las pruebas necesarias para acusar y condenar y llegando a los encargados de coordinar la parte logística de los juicios; hay que pagarles tanto, si no más, de lo que ganan actualmente los diputados.

Inglaterra tuvo el jurado durante muchos años antes de que llegara a progresar. Necesitaba una administración fuerte y eficiente, pero limitada por el jurado, antes de poder soltar la creatividad que la llevó a regar sus banderas por todo el mundo. La fuerza de Roma, de Inglaterra, de Estados Unidos ha estado en su comercio, en los productos que han podido ofrecer para beneficio de sus compradores, productos de la libertad y la creatividad. No podemos salir del tercer mundo sin una administración fuerte que imponga suficiente orden para

que el pueblo pueda ser creativo y maximize lo que considera beneficios. Pero si es demasiado fuerte, e ilimitada, igualmente destruye esa creatividad y la oportunidad de progresar. Demasiada seguridad esclaviza. No vale decir que primero necesitamos la administración fuerte y después el jurado, pues ese poder de beneficiarse por medio de la coacción estatal es lo que atrae a gente que no tendrá nunca el incentivo de permitir que el jurado los limite. Un gobierno limitado por el jurado tendrá el apoyo y la fuerza que la comunidad considera necesaria, es decir, un equilibrio entre el orden y la libertad.

*Abogada y artista en fotografía digital

ⁱ Stark, 41

ⁱⁱ Donahue, Manus. "Manus Donahue's Chaos Theory Essay "Manus Donahue's Home Page. <http://www.iglobal.net/pub/camelot/chaos/chaos.htm> 9/9/1999

ⁱⁱⁱ *Sparf*, 156 U.S. 51, 82.

^{iv} Rushworth Kidder, *Cómo las Personas Buenas Toman Decisiones Difíciles*, (Guatemala: Universidad Francisco Marroquín), p. 36-37.

^v Luis Pásara, *Las decisiones judiciales en Guatemala*, (Guatemala: Misión de Naciones Unidas en Guatemala, 2000), p. 15, 170-172.

^{vi} *Sparf*, 156 U.S. 51, 176-177.

^{vii} F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1: Rules and Order, (Chicago: The University of Chicago Press, 1975) p. 6

^{viii} Hayek, p. 94

^{ix} *Ibid.*, 120.

^x Kidder, 154.

^{xi} Hayek, 33.

^{xii} Kidder, 52-3.

^{xiii} Hayek, 13.

^{xiv} Hayek, 59.

^{xv} Spooner, 189.

^{xvi} Kidder, 6.

^{xvii} Smith, 311.

^{xviii} *Ibid.*, 315

^{xix} Spooner, 15-16.

^{xx} *Ibid.*, 208.

^{xxi} *Ibid.*, 218-219.

^{xxii} Stark, 180.

^{xxiii} Hayek, 1.

^{xxiv} Michelle Pacelle, *Law or Justice*, contenido en el libro de Steven Brill, *Trial by Jury*, (New York: American Lawyer Books/TOUCHSTONE, 1989), p. 451-470

- ^{xxv} Hayek, 21
^{xxvi} Bastiat, 60.
^{xxvii} Hayek, 29
^{xxviii} Hayek, 93
^{xxix} Hayek, 38.

Bibliografía

- Abolition of the Star Chamber in England*. 1641. (<http://www.exlaw.com/library/1641-asc.shtml>).
- Aristotle. *The Athenian Constitution*. (Internet: The Avalon Project, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/athemain.htm>).
- Brill, Steven. *Trial by Jury*. (New York: American Lawyer Books/TOUCHSTONE, 1989).
 Pacelle, Michelle. *Law or Justice*.
- Buchanan, James M. & Tullock, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. (Estados Unidos de América: University of Michigan Press, 1997).
- Cicero. *Selected Works: Against Verres*. (London: Penguin Books, 1971).
- Conrad, Clay S. *Jury Nullification: The Evolution of a Doctrine*. Cato Institute Book. (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1998).
 Libros citados en Conrad:
 Alschuler, Albert W. and Deiss, Andrew G. *A Brief History of Criminal Jury in the United States*. (61 University of Chicago Law Review, 1994).
Debates On the Adoption of the Federal Constitution. J. Elliot. Ed.
 DeWolfe Howe, Mark. *Readings in American Legal History*. 376 (1949).
El juicio de John Lilburne y John Wharton por Imprimir y Publicar Libros Sediciosos, How. St. Tr. 3:1315, (1637)
El juicio de William Penn and William Mead por Causar un Tumulto..., How. St. Tr. 6: 951 (1670).
El juicio del Teniente-Coronel John Lilburne en el Guildhall de Londres, por Alta Traición. How. St. Tr. 4:1269, 1379 (1649)
 Holt, Francis L. *The Law of Libel*. 44 (2d ed, 1812). (reimpresión 1978).
 How. St. Tr. 21:847 (1785). St. 32 Geo. III c. 60 (1792).
The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century. 74 Yale Law Journal. (1964).
 Willis, Paul G. *Juries and Judicial Review*. 3 West. Pol. Q.66 (1950).
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 1885. 8a Edición: 1915. (Indianapolis: LibertyClassics,1982).
- Donahue, Manus. "Manus Donahue's Chaos Theory Essay "Manus Donahue's Home Page. <http://www.iglobal.net/pub/camelot/chaos/chaos.htm> 9/9/1999

- Fielden Craies, William. M. A.
Criminal Law. Encyclopedia Britannica Vol. VII. 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911).
Jury. The Encyclopaedia Britannica. vol. XV.
- Goubert, Pierre. *Louis XIV and Twenty Million Frenchmen*. 1966. (Anne Carter, Trad. © 1970). (New York: Vintage Books, 1972).
- Goudy, Henry. M.A. D.C.L. LL.D. *Roman Law*. The Encyclopaedia Britannica. vol. XXIII. 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911).
- Hans, Valerie P. and Vidmar, Neil. *Judging the Jury*. (New York and London: Plenum Press, 1986).
- Hayek, F. A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1: *Rules and Order*. (Chicago: The University of Chicago Press, 1975).
- Hume, David. *History of England*. 1778. Vol. I. IV, V. (Indianapolis: LibertyClassics, 1983).
- Kidder, Rushworth. *Cómo las Personas Buenas Toman Decisiones Difíciles*. (Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, 1998).
- Lehman, Godfrey D. *We the jury...* (New York: Prometheus Books, 1997).
- Livy. *The History of Rome*. (<http://www.perseus.tufts.edu>).
- Locke, John. *The Second Treatise on Civil Government*. (London: Millar, Woodfall, et al., 1689) (www.library.adelaide.edu.au/etext/).
- Macaulay Trevelyan, George. (Master of Trinity College, Cambridge). Traduc. por Ramón Iglesia, *La Historia Política de Inglaterra*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1943).
- Madison, James, Hamilton, Alexander y Jay, John. *The Federalist Papers*. No. 83. (<http://www.constitution.org>).
- Mises, Ludwig von. *Human Action: A Treatise on Economics*. (San Francisco: Fox & Wilkes, 1996).
- Ortolan, M. *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Trad. de Francisco Perez de Anaya y Melquíades Perez Rivas. Ed. Leocadio Lopez. (Madrid: 1887).
- Pásara ,Luis. *Las decisiones judiciales en Guatemala*. (Guatemala: Misión de Naciones Unidas en Guatemala, 2000)
- Plato. *Protogoras*. (Internet: <ftp://sailor.gutenberg.org/pub/gutenberg/etext99/prtgs10.txt>).

Popper, Karl R. *The Open Society and its Enemies*. (New Jersey: Princeton University Press, 1966).

The Logic of Scientific Discovery
Conjectures and Refutations

Smith, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. ed. R.L. Meek, D.D. Raphael and P.G. Stein. (Oxford: Clarendon Press, 1978).

Sparf v. US, 156 U.S. 51 (1895), 124. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Los Estados Unidos.

(<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/data/us/156/51.html>).

Spooner, Lysander. *An Essay on the Trial by Jury*. (1852). (www.fija.org , www.lysanderspooner.org , www.mind-trek.com/treatise/ls-tbj , www.yahoo.com >lysander spooner<).

Stark, Rodney. *Sociology*. 6a. ed. (Boston: Wadsworth Publishing Company, 1996).

Stone, I. F. *The Trial of Socrates*. (Boston: Little, Brown and Company, 1988).

The Address and Reasons of Dissent of the Minority of the Convention of Pennsylvania To Their Constituents, [Pennsylvania Packet and Daily Advertiser](http://www.constitution.org/afp/penn_min.txt), (www.constitution.org/afp/penn_min.txt 18/12/1787).

The Constitution Society, (<http://www.constitution.org/afp>).

The People's Chronology. licensed from Henry Holt and Company, Inc. Copyright © 1995, 1996 by James Trager. All rights reserved.

Dedicado a Barbara Barnhill de Ness, mi madre, quien me enseñó a leer, a amar la lectura y la verdad, y a mi padre, Leif Bjarneson Ness Kindermann, quien me enseñó a amar la ciencia.

Le agradezco al doctor Rigoberto Juárez-Paz por su paciencia con mi spanglish e ideas radicales, a la doctora María Luisa Beltranena de Padilla, por haberme enseñado que el jurado no era exclusivamente inglés y al doctor Armando de la Torre, de quien recibí los instrumentos metodológicos para hacer un análisis científico del jurado.